



La liberté d'aller et venir comme révélateur du tournant juridique des régulations du soin en santé mentale : une mise en prerspective "internationale"

Benoît Eyraud, Livia Velpy

► To cite this version:

Benoît Eyraud, Livia Velpy. La liberté d'aller et venir comme révélateur du tournant juridique des régulations du soin en santé mentale : une mise en prerspective "internationale". *Revue de droit sanitaire et social*, 2015, Santé mentale et liberté d'aller et venir, 6, pp.951-962. halshs-01256976

HAL Id: halshs-01256976

<https://shs.hal.science/halshs-01256976>

Submitted on 22 Mar 2016

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

La liberté d'aller et venir comme révélateur du tournant juridique des régulations du soin en santé mentale : une mise en perspective « internationale »

Benoît Eyraud, Livia Velpy

**PRE-PRINT AVANT EPREUVES DE L'ARTICLE PARU DANS LA REVUE DE DROIT SANITAIRE ET SOCIAL
N°6 – NOVEMBRE DECEMBRE 2015**

La liberté d'aller et venir est une liberté fondamentale, dont l'exercice est susceptible d'être limité par un certain nombre de dispositions juridiques. Celles qui concernent les personnes faisant l'objet de soin en santé mentale posent une difficulté particulière. En effet, la limitation des droits de la personne n'est pas seulement fondée sur des motifs de sanction pénale et de protection de l'ordre public, mais aussi sur son intérêt sanitaire et clinique, intérêt que la personne n'est pas nécessairement capable de discerner par elle-même¹. Cette spécificité se traduit par la multiplication des acteurs qui sont habilités à se prononcer sur la limitation d'aller et venir (juge, psychiatre, préfet, maire...) ainsi que par leur difficile articulation.

L'équilibre entre les régulations médico-administrative et judiciaire a varié historiquement, donnant une place plus ou moins importante aux préoccupations envers le soin et celles envers les garanties juridiques dont toute personne, même malade, est censée disposer². Pendant une bonne partie des 19^{ème} et 20^{ème} siècles, la régulation clinique, s'appuyant sur la notion de meilleur intérêt du patient et ressortissant d'une logique paternaliste, a été dominante³. La place croissante accordée aux garanties des droits de ceux qu'on appelle aujourd'hui dans les politiques publiques les « usagers » ou « personnes vulnérables » semble aujourd'hui faire perdre sa prééminence à la logique médicale. Plus encore, certains revendiquent aujourd'hui, au nom des droits fondamentaux, la suppression de toute autorisation légale de suppression d'aller et venir pour des motifs de santé mentale⁴.

Ces enjeux et cette orientation vers une approche par les droits de la régulation de la limitation d'aller et venir pour des raisons de santé mentale s'observent au-delà du contexte exclusivement français, dans les pays anglo-saxons notamment⁵. Nous proposons dans cette contribution, non pas de mener un examen technique de la liberté d'aller et venir comme droit fondamental, mais plutôt

¹ Dans la dynamique des travaux du collectif Contrast, nous définissons le soin en santé mentale à partir de cette double caractéristique d'une incertitude quant à la capacité à consentir de la personne concernée et de la limitation des libertés individuelles qu'elles peuvent occasionner. Velpy Livia, Eyraud Benoît et al., « Réguler les pratiques contraignantes de soin en santé mentale : recompositions et enjeux », in Pascal J.-C., Hanon C. (Eds), *Consentement et contrainte dans les soins en psychiatrie*, Paris, Doin, 2014.

² Henckes Nicolas, « Un tournant dans les régulations de l'institution psychiatrique : la trajectoire de la réforme des hôpitaux psychiatriques en France de l'avant-guerre aux années 1950. », *Genèses* 3/2009 (n° 76) , p. 76-98 ; Fennell Phil, *Treatment Without Consent; Law, Psychiatry and the Treatment of Mentally Disordered People since 1845*, Routledge, 1996

³ La question de la place du juge n'a cependant cessé de faire débat. Dans le contexte français, cette question s'est posée au moment de l'abolition des lettres de cachets, de la promulgation du code civil, de la préparation de la loi du 30 juin 1838, et lors de très nombreux projets de réformes. Voir Henckes N., *op. cit.* ; Collectif Contrast, 2015, *La régulation des pratiques contraignantes de soin en santé mentale : perspectives pour une approche interdisciplinaire*. In Azimi V., Hennion-Jacquet P., Koubi G. (Eds), *L'institution psychiatrique au prisme du droit. La folie entre administration et justice*, Editions Panthéon-Assas, 229-245

⁴ T Minkowitz 'Abolishing Mental Health Laws to Comply with the Convention on the Rights of Persons with Disabilities' in B McSherry and P Weller (2010) pp. 151-152.

⁵ Au Royaume-Uni, des auteurs soulignent ainsi le retour d'une approche légaliste, qui se préoccupe des conditions dans lesquelles on peut réduire la liberté d'aller et venir, au détriment de l'approche médicale, qui cherche à faciliter l'accès aux soins de ceux qui en ont besoin. George Szmukler & Frank Holloway, *Mental Health Law — Discrimination or Protection?*, Maudsley Discussion Paper 10, 2000

d'inscrire les réformes législatives et administratives survenues en France autour de la liberté d'aller et venir en santé mentale⁶ dans le tournant juridique qui caractérise les dynamiques supranationales de régulation⁷. En écho à plusieurs articles de ce numéro⁸, nous chercherons ainsi à mieux comprendre ces réformes en dégagant les dimensions sociales de ce tournant juridique qui influe sur la régulation des limitations de la liberté d'aller et venir dans un contexte de difficultés de santé mentale⁹ au travers de trois éléments. D'abord le processus de juridicisation de la limitation d'aller et venir qui s'appuie notamment sur le développement des droits fondamentaux (I.) ; puis la dynamique de judiciarisation sous la forme d'une augmentation du contentieux (II.) ; enfin le changement de gouvernance qui se traduit par des réformes législatives qui renforcent le rôle du juge et le contrôle du respect des droits fondamentaux par des autorités indépendantes (III.).

I. La juridicisation progressive de la liberté d'aller et venir pour les personnes ayant des troubles psychiques

Le développement des textes internationaux de droit déclaratoire constitue une forme particulière du processus de juridicisation¹⁰. Sans entrer dans le débat sur leur force juridique¹¹, nous nous y intéressons comme des révélateurs des tensions entre les dynamiques de fondamentalisation et de spécification des droits qui traversent la question des régulations de la liberté d'aller-et-venir pour les personnes ayant des troubles psychiques. Nous évoquons dans un premier temps les mentions générales relatives à la liberté d'aller-et-venir dans les textes internationaux relatifs aux droits de l'homme (A), puis la dynamique de spécification pour les personnes atteintes de troubles mentaux (B), pour finalement défendre une orientation non discriminante des règles relatives aux personnes malades (C).

A) La liberté d'aller et venir dans les droits déclaratoires internationaux

Dans l'immédiat après-guerre, la promulgation de la déclaration universelle des droits de l'homme en 1948 fournit une base pour le développement des droits fondamentaux et des garanties apportées à la limitation d'aller-et-venir, au sein de l'Organisation des Nations-Unies. Sa visée est généraliste ; elle n'intègre pas de dispositions spécifiques en raison de l'état de santé d'une personne.

Ne faisant pas porter d'obligation directe sur les Etats, la déclaration Universelle est complétée à la fin des années 1960 par de nouveaux outils un peu plus contraignants. L'un d'eux, le protocole relatif

⁶ L'adoption des lois du 4 mars 2002 et du 11 février 2005 ont renforcé les garanties des droits des usagers dans le domaine sanitaire et dans le champ du handicap.

⁷ Baudot Pierre-Yves et Revillard Anne, *L'Etat des droits. Politique des droits et pratiques des institutions*. Les Presses de Sciences Po, Paris, 2015; Scheingold Stuart, *The politics of rights : lawyers, public policy and political change*, New Haven, Yale University Press, 1974

⁸ Cet article s'appuie sur la réflexion menée au sein du collectif Contrast (www.contrastcollectif.wordpress.com) ainsi que sur les apports et discussions des participants à la conférence internationale « Droits fondamentaux, liberté d'aller et venir et soins en santé mentale » qui s'est tenue le 26 juin 2014 et dont sont issues les contributions à ce numéro.

⁹ Israel L., *L'arme du droit*, Presses de Sciences Po, 2009

¹⁰ On définit le terme de juridicisation comme « processus par lequel les normes sociales partagées par un groupe sont transposées dans des règles et dispositifs juridiques explicites » Delpeuch Thierry, Dumoulin Laurence, De Galembert Claire, *Sociologie du droit et de la justice*, Paris : Armand Colin, 2014.

¹¹ Emmanuel Decaux, *Déclaration et convention en droit international* Cahiers du Conseil constitutionnel n° 2 - janvier 2007.

aux droits civils et politiques en 1966¹² contient des dispositions relatives à la liberté d'aller et venir. L'article 9 entend protéger le droit « à la liberté et à la sécurité de la personne ». Son article 10 stipule que « toute personne privée de sa liberté doit être traitée avec humanité et avec le respect du à la personne humaine ». Plus spécifiquement encore, l'article 12 évoque le droit à la liberté de mouvement, et au choix de son domicile¹³. Ces articles n'évoquent pas explicitement les limitations de liberté d'aller et venir concernant les personnes souffrant de troubles psychiques, même si celles-ci sont directement concernées *a priori*. Mais cet article 9 sera évoqué rapidement dans des textes prévoyant des dispositions relatives à la liberté d'aller et venir concernant spécifiquement les personnes souffrant de handicap ou de maladie. Ainsi, la déclaration des droits des personnes handicapées mentales de 1971 et la déclaration des droits des personnes handicapées en 1975 se réfèrent à l'article 9 du protocole de 1966 pour évoquer les garanties juridiques contre les restrictions abusives de la liberté d'aller-et-venir.

Parallèlement aux dispositions générales, le processus de spécification des droits relatifs aux personnes souffrant de troubles psychiques se développe. Le droit à un « meilleur état de santé » est formulé dès 1946 lors de la Constitution de l'Organisation Mondiale de la Santé dans un texte qui ne fait aucunement référence aux restrictions possibles de la liberté d'aller-et-venir. La thématique des droits et les garanties apportées aux limitations de liberté ne sont d'ailleurs pas présentes dans les premières recommandations du comité d'experts de l'OMS dans les années 1950.

En revanche, la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme¹⁴, qui entend faciliter la mise en œuvre de la déclaration universelle des droits de l'homme¹⁵, définit la privation de liberté, et mentionne la possibilité de « détenir de manière régulière « un aliéné »¹⁶. Cette référence est d'autant plus importante que la convention est obligante pour les Etats contractants¹⁷. Cette préoccupation pour les limitations de liberté des personnes souffrant de troubles psychiques va être régulièrement soulignée par le Conseil de l'Europe, conduisant aussi bien à des décisions de la Cour Européenne des Droits de l'Homme (cf. supra) qu'à des recommandations aux gouvernements. Ainsi, la recommandation 818 de l'assemblée plénière sur la situation des malades mentaux qui va impulser des travaux conduisant à la recommandation n° R (83) 2 du comité des ministres aux Etats membres sur la protection juridique des personnes atteintes de troubles mentaux et placées comme patients involontaires. Les « placements » non volontaires ne doivent, selon ses recommandations, n'être autorisées, qu'en raison d'un « grave danger » ou un « risque de détérioration de l'état de santé ». Les dispositions de la convention et les recommandations qui s'en sont ensuivies témoignent que la spécification des règles de droits fondamentaux conduit à maintenir un pouvoir de régulation important à l'autorité médicale sur les limitations d'aller-et-venir dans le contexte du soin en santé mentale¹⁸.

¹² Pacte international relatif aux droits civils et politiques adopté et ouvert à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966

¹³ Il est intéressant de noter que l'effectivité du droit à la liberté de lieu de vie implique aussi des droits sociaux qui sont définis par le protocole relatif aux droits économiques sociaux.

¹⁴ Mise à la signature en 1949, elle entre en vigueur en 1953.

¹⁵ Préambule de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

¹⁶ L'alinéa 5-1, précise que « s'il s'agit de la détention régulière d'une personne susceptible de propager une maladie contagieuse, d'un aliéné, d'un alcoolique, d'un toxicomane, et d'un vagabond ».

¹⁷ Article 46 – Les Etats s'engagent se conformer aux arrêts définitifs de la Cour, par des mesures d'indemnisation, et, le cas échéant, par des mesures conduisant adaptant leur ordre juridique interne afin de mettre un terme à la violation constatée par la Cour et d'en effacer autant que possible les conséquences.

¹⁸ Gérard Quinn, Civil commitment and the right to treatment, under the European Convention on Human Rights, 5, Harvard Human Rights Journal, 1, 1992.

B) Vers la formulation de principes onusiens spécifiques

Au début des années 1980, dans son observation générale n°8 sur l'article 9 du même protocole, le comité des droits (HRC) mentionne explicitement la situation des personnes souffrant de maladie mentale, dont les conditions de détention doivent être garanties par des organes de contrôle. A la même période, l'Assemblée Générale déclare les années 1983/1992 « décennie pour les droits des personnes handicapées ». C'est dans cette dynamique que la commission de la protection des minorités commande un rapport relatif à la protection des personnes souffrant de maladie mentale¹⁹. Ce rapport, rendu public en 1983, dénonce les graves violations aux droits humains qui sont exercées contre les personnes souffrant de maladie mentale. Il évoque notamment les détentions et restrictions abusives de liberté dont font l'objet des personnes internées dans des hôpitaux psychiatriques, non pas tant pour des motifs médicaux, que pour des raisons politiques. Ce rapport entend impulser l'adoption et la mise en place de standards de soin et de protection pour les personnes faisant l'objet d'une limitation de liberté au motif d'une maladie mentale ou de troubles psychique.

En 1991, Leandro Despouy, rapporteur général d'un rapport réalisé pour le Conseil économique et social de l'ONU sur les droits de l'homme et le handicap²⁰, réclame une instance spécifique qui permettrait de contrôler les droits des personnes handicapées. Immédiatement à sa suite, le 17 décembre 1991, l'assemblée générale de l'ONU adopte des « principes pour la protection des personnes atteintes de maladie et pour l'amélioration des soins en santé mentale »²¹. Le document évoque d'abord dans son article 1^{er} le droit de chacun « au meilleur soin disponible en santé mentale ». Les dispositions relatives à la liberté d'aller-et-venir, à la contention et à la mise en isolement font l'objet des principes 11 et 16. Le principe 16 repose sur la notion de « least restrictive alternative », qui a été traduit par « solution la moins contraignante ». Un des principes porte sur la nécessité d'un organe de révision, défini comme « un organe judiciaire ou tout autre organe indépendant et impartial établi et agissant selon les procédures fixées par la législation nationale ».

Les juristes qui les commentent considèrent que ces principes relèvent d'un consensus entre une approche paternaliste et une approche centrée sur les droits. S'ils formulent l'importance du respect des droits des patients, ils autorisent les limitations légales de liberté d'aller et venir pour des raisons de santé mentale. Non contraignants, ils sont cependant rapidement diffusés comme base doctrinale²². Ils sont également utilisés comme guide par des organes de promotion de la santé comme l'Organisation Mondiale de la Santé, qui les reprend dans l'« ouvrage de référence sur la santé mentale, les droits de l'homme, et la législation »²³ qu'elle publie en 2005.

C) Un renversement de paradigme ? (autour de l'article 14 de la convention ONU)

Outre le fait qu'elle constitue un texte de nature plus contraignante, l'adoption de la Convention des Nations-Unies relative aux droits des personnes handicapées (CIDPH), le 13 décembre 2006, semble apporter une orientation nouvelle aux principes régissant la liberté d'aller et venir pour des personnes souffrant de troubles mentaux. La Convention a été impulsée par le haut-commissariat

¹⁹ Daes Erica-Irene, Principles, guidelines, and guarantees, for the protection of persons detained on grounds of mental ill –health or suffering from mental disorder, UN, 1983

²⁰ Despouy Leandro, Human rights and disability, New York, United Nations Economic and Social Council, 1991

²¹ A.G. Res. 199, ONU, 46ème session, Supp. N°49, Annex. N°188-192, ONU Doc. A/46/49 (1991)

²² Rosenthal Eric, Rubenstein Leonard, International human rights advocacy under the “principles for the protection of persons with mental illness”, International journal of law and psychiatry, volume 16, pp.257-300

²³ Organisation Mondiale de la Santé, ouvrage de référence sur la santé mentale, les droits de l'homme, et la législation Genève, OMS, 2005

aux droits de l'homme et préparée par le rapport de Theresa Degener et Gerald Quinn²⁴. Elle est centrée sur le principe de non-discrimination et de traitement égal des personnes handicapées avec les autres, et introduit une nouvelle approche de la limitation de la liberté d'aller-et-venir, en ne mentionnant pas les troubles de santé mentale parmi les motifs qui autorisent à limiter cette liberté.

L'article 14²⁵ dispose ainsi que les limitations de la liberté d'aller et venir ne doivent pas se faire « de façon illégale ou arbitraire ». Il ajoute « qu'en aucun cas l'existence d'un handicap ne justifie une privation de liberté ». Dans les années qui suivent, certains commentateurs considèrent que cet article devrait conduire à une suppression des dispositions législatives autorisant les soins sans consentement lorsqu'ils sont fondés sur l'état de santé mentale des personnes²⁶. C'est l'analyse qui peut être tirée du commentaire énoncé par le comité des droits²⁷, qui est l'instance de contrôle de la convention, et qui a vocation à formuler des orientations de bonnes pratiques (guidelines) à destination des Etats, mais aussi des instances régionales de régulation, et des organisations de la société civile²⁸. Mentionnons encore que ce principe s'articule avec celui énoncé par l'article 12 de la convention qui souligne que les Etats Parties doivent apporter toutes les « mesures appropriées pour donner aux personnes l'accès à l'accompagnement » dont elles ont besoin pour prendre des décisions relatives notamment à leur état de santé, ou à des situations de crise.

Le processus de spécification des droits fondamentaux pour les personnes faisant l'objet de soin en santé mentale a participé de la juridicisation de la limitation de la liberté d'aller et venir. Cette juridicisation s'est progressivement précisée autour notamment de trois éléments : la place d'une instance de contrôle, le principe d'une intervention la moins restrictive possible, et finalement le refus de dispositions qui discrimineraient les personnes pour des raisons de santé ou handicap, et la mise en place par les politiques publiques de mesures d'accompagnement appropriées.

II. La multiplication des contentieux et ses effets

Le processus de juridicisation des garanties relatives à la liberté d'aller et venir se déroule parallèlement au développement d'une jurisprudence en la matière, résultat d'une multiplication des recours. Ces deux mouvements sont dans une interaction complexe. Les garanties juridiques apportées par les textes internationaux ne sont pas nécessairement contraignantes pour les Etats,

²⁴ Degener T., Quinn G., The current use and future potential of United Nations human rights instruments in the context of disability, ONU, 2002

²⁵ 1. Les États Parties veillent à ce que les personnes handicapées, sur la base de l'égalité avec les autres :

a) Jouissent du droit à la liberté et à la sûreté de leur personne ;
b) Ne soient pas privées de leur liberté de façon illégale ou arbitraire ; ils veillent en outre à ce que toute privation de liberté soit conforme à la loi et à ce qu'en aucun cas l'existence d'un handicap ne justifie une privation de liberté.

2. Les États Parties veillent à ce que les personnes handicapées, si elles sont privées de leur liberté à l'issue d'une quelconque procédure, aient droit, sur la base de l'égalité avec les autres, aux garanties prévues par le droit international des droits de l'homme et soient traitées conformément aux buts et principes de la présente Convention, y compris en bénéficiant d'aménagements raisonnables.

²⁶ T Minkowitz 'Abolishing Mental Health Laws to Comply with the Convention on the Rights of Persons with Disabilities' in B McSherry and P Weller (2010) pp. 151-152.

²⁷ Committee on the Rights of Persons with Disabilities, Guidelines on article 14 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. The right to liberty and security of persons with disabilities, Adopted during the Committee's 14th session, held in September 2015

²⁸ Le rapport de l'agence européenne pour les droits fondamentaux semble aller dans le même sens Agence européenne pour les droits fondamentaux, Placement involontaire et traitement involontaire de personnes souffrant de troubles mentaux, Rapport, 2012

mais peuvent être utilisées par des organes judiciaires et inspirer certaines évolutions juridiques et éthiques²⁹. Inversement certaines décisions des organes judiciaires orientent ensuite l'évolution des textes relatifs aux droits fondamentaux.

Nous illustrerons ces interactions par deux exemples concernant la liberté d'aller et venir, celui du rôle joué par la Cour Suprême des Etats-Unis dans la mise en avant du principe de « least restrictive alternative » (A) et celui de l'influence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH) (B).

A) La jurisprudence de la Cour Suprême des Etats-Unis : le principe de « least restrictive alternative » et le « droit au traitement »

Tout au long du 19^{ème} siècle et pendant une grande partie du 20^{ème} siècle, la Cour Suprême américaine ne s'est pas prononcée sur les limitations de liberté dans le domaine de la santé, ce silence de la haute juridiction s'expliquant par la force du modèle médical et paternaliste³⁰. A partir de la seconde partie du 20^{ème} siècle, la Cour Suprême américaine a été amenée à se prononcer sur des internements en institution, à la suite de contentieux menés au niveau fédéral par des juristes activistes, impliqués dans la cause des *civil rights*³¹, qui considéraient les hospitalisations en institution comme non-constitutionnelles.

Dans un arrêt de 1966, *Lake versus Cameron*, le juge Bazelon affirme que la loi fédérale exige qu'un patient ne soit pas hospitalisé en institution s'il peut vivre avec assistance « dans la communauté ». Cette décision sera immédiatement formulée par la doctrine comme un principe de « least restrictive alternative » (solution la moins restrictive), qui sera ensuite confirmé par plusieurs décisions de la Cour Suprême des Etats-Unis³². Il sera ensuite, on l'a vu, repris par l'ONU dans les principes adoptés en 1991, au terme d'un processus qui reste à reconstituer.

Parallèlement à ce principe, de nombreuses décisions de la Cour Suprême insistent sur le fait que les limitations de la liberté d'aller-et-venir ne doivent pas tant dépendre de l'état de santé de la personne, mais de la possibilité d'apporter un traitement approprié, qui sera progressivement défini par la doctrine comme un « droit au traitement »³³.

B) La jurisprudence de la CEDH

De même qu'aux Etats-Unis, les contentieux relatifs aux hospitalisations sans consentement en psychiatrie ont été faibles en Europe au 19^{ème} et 20^{ème} siècle. A partir de la fin des années 1970, l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme va faire l'objet d'une jurisprudence importante dans le domaine de la santé mentale, à la suite de saisine par des associations de défense des personnes hospitalisées.

²⁹ La promotion et l'appui aux réformes des législations nationales est d'ailleurs un axe d'intervention privilégié des instances internationales ; l'OMS a, ces dernières années, publié un guide ressource à cet effet, une boîte à outil ainsi qu'un document destiné à clarifier les obligations des gouvernements. Rosenthal E, Sundram C. International human rights in mental health legislation. N Y Law Sch J Int Comp Law. 2002;21:469510

³⁰ Lafon John, Back to the Asylum : The Future of Mental Health Law and Policy, Oxford University Press, 1992

³¹ Ibid., p. 90

³² En 1962, elle précise dans un premier temps qu'une limitation contrainte d'aller et venir ne pouvait pas être autorisée exclusivement pour des raisons de santé mentale.

³³ Perlin Michael, International human rights and mental health law, Oxford University Press, 2011

C'est d'abord au Royaume-Uni l'association Mind qui a développé une « stratégie du contentieux »³⁴. Au début des années 1980, une activité de contentieux se développe également concernant la France, principalement par les actions menées par le Groupe Information Asiles (GIA)³⁵. Ils s'appuient sur l'affirmation de la défense de la personne qui se consolide peu à peu dans cette jurisprudence pour obtenir des décisions condamnant la France en matière de respect des libertés fondamentales, notamment au regard de la liberté d'aller et venir. Plus récemment, dans les années 2000, une association hongroise, le *Mental Advocacy Disability Center*, s'est développée et spécialisée notamment dans l'accompagnement au contentieux pour des cas de pays de l'Est.

Les décisions de la Cour Européenne des Droits de l'Homme s'appuient sur des textes affirmant les droits fondamentaux et encouragent une plus grande judicialisation. En 1979, dans l'arrêt *Winterwerp*³⁶, la CEDH énonce les principes qui autorisent l'internement d'une personne pour troubles mentaux, dont la nécessité d'en contrôler régulièrement l'opportunité³⁷, et fait peser l'obligation de s'y conformer sur les droits nationaux³⁸. En 1981, dans le jugement *X contre Royaume-Uni*³⁹, la CEDH estime que le *Mental Health Act 1959* viole l'article 5 de la Convention, au motif que la justification de la détention n'était pas suffisamment régulièrement révisée⁴⁰. Beaucoup plus récemment, une décision de la CEDH de 2004 *H.L. vs United-Kingdom*, communément appelé « Bournemouth gap »⁴¹, condamne le Royaume-Uni pour une hospitalisation en service fermé qui n'était pas assortie d'une procédure légale spécifique garantissant les intérêts de la personne. Une certaine doctrine commence à se préciser autour de ces contentieux, qui identifient trois conditions sont nécessaires pour justifier une privation de liberté⁴² :

le trouble mental doit revêtir un caractère légitimant l'internement ; la privation de liberté doit être nécessaire eu égard aux circonstances de la cause ; l'aliénation doit persister tout au long de la durée de l'internement.

Les décisions s'appuient aussi sur la nécessité de permettre le contentieux. C'est le cas quand la Cour européenne des droits de l'homme condamne la France par une décision du 18 novembre 2010 (*Baudouin c. France*, n° 35935/03), au motif que les difficultés d'articulation en droit français entre la compétence du juge administratif – compétent pour contrôler la légalité externe de la décision d'hospitalisation – et celle du juge judiciaire – compétent pour se prononcer sur le bien-fondé de l'hospitalisation et, en cas de disproportion avec l'état de santé de l'individu, ordonner sa mainlevée – n'avait pas permis au requérant de faire valoir ses droits, en violation des articles 5§1 et 5§4 de la CEDH.

Ainsi, si pendant longtemps les limitations d'aller et venir dans un contexte de trouble psychique n'ont pas fait l'objet de contentieux, la mobilisation des droits fondamentaux par des associations

³⁴ Burke T., Lawyer, lawsuits and legal rights, the battle over litigation in american society; Gostin, Contemporary historical perspective on mental health reform, 2007

³⁵ Bitton André, 2015, *La systématisation du contentieux de l'internement psychiatrique par le Groupe information asiles (GIA)*, <http://goo.gl/UQZaZ4> ou <http://psychiatrie.crapa.asso.fr/520>

³⁶ *Winterwerp v Netherlands* 6301/73 (1979) ECHR 4

³⁷ Belda B., *Les droits de l'homme des personnes privées de liberté, Contribution à l'étude du pouvoir normatif de la Cour européenne*, Etude (broché), 2010

³⁸ Cuinier L., La judicialisation des hospitalisations sous contrainte. Diplôme d'Institut d'Etudes Politiques, Université Lyon 2, 2006

³⁹ *X -v- United Kingdom*; ECHR 5 Nov 1981

⁴⁰ Gostin D., From a civil libertarian to a sanitarian, *Journal of law and society*, 1983

⁴¹ *H.L. c. Royaume- Uni* (n° 45508/99) 5 octobre 2004

⁴² Devers Gilles, Najman Thierry, *Droit Déontologie & Soin*, 15 (2015), 161-167

activistes a conduit à une jurisprudence de plus en plus importante qui a participé à une certaine contestation des motivations médicales de ces limitations.

III. Les conséquences en terme d'action publique : la mise en œuvre d'une politique des droits⁴³ ?

La jurisprudence des juridictions européennes et parfois même nationales, et les textes internationaux énonçant les garanties juridiques des libertés exercent des influences croisées l'une sur l'autre. Nous nous intéressons maintenant à leurs conséquences sur l'encadrement au niveau national des limitations à la liberté d'aller et venir pour des motifs de santé mentale. Nous examinerons l'évolution de la place du juge dans différentes réformes législatives (A) mais également le développement du contrôle par des instances indépendantes (B), pour évoquer enfin des questions qui restent aujourd'hui en suspens (C).

A) Un déplacement de la place du juge

Depuis la fin des années 1970, plusieurs pays, dont le Royaume-Uni et le Québec, ont engagé des réformes législatives qui donnent une place accrue au juge judiciaire dans le contrôle des hospitalisations sans consentement. Ces réformes s'appuient fortement sur la mise en avant des garanties à apporter concernant la liberté d'aller et venir en matière de soins psychiatriques dans les textes internationaux et dans la jurisprudence européenne⁴⁴.

Les pays anglo-saxons ont été les premiers à donner une place plus centrale au juge dans le contrôle des limitations de la liberté d'aller-et-venir en matière de santé mentale. Au début des années 1980, avec le *Mental Health Act 1983*, le Royaume-Uni introduit le juge pour contrôler les détentions en hôpital psychiatrique. La judiciarisation plus grande de la limitation de la liberté d'aller et venir se fait sous la forme de la création d'une juridiction judiciaire, le *Mental Health Review Tribunal*. La décision de la Cour Européenne des Droits de l'Homme évoquée plus haut impulse cette réforme. Au Québec, la judiciarisation de la limitation de liberté d'aller et venir se produit dans les années 1990 dans le cadre de la réforme du code civil du Québec et introduit un contrôle systématique par la juridiction civile⁴⁵.

Dans le cas de la France, le processus de renforcement de la judiciarisation a été plus long et résulte d'une dynamique complexe⁴⁶. Ainsi, à la fin des années 1970, puis au moment de la loi de 1990, des propositions de lois en ce sens sont déposées et rejetées. Comme dans d'autres pays, la mobilisation militante par le biais de l'activité contentieuse au niveau européen joue un rôle important. Elle s'articule à la réforme constitutionnelle de 2008 qui introduit la Question Prioritaire de

⁴³ pour reprendre l'expression dans le sens proposé par Pierre-Yves Baudot et Anne Revillard d'une "politique visant à favoriser l'effectivité des droits individuels" (2015, op. cit.).

⁴⁴ Cette vague de réformes législatives dans les années 1980 et 1990 est venue après une première vague, dans les années 1950 et 1960 au cours desquelles la justification par les droits fondamentaux étaient beaucoup moins évoqués, et l'influence des médecins réformateurs beaucoup plus grande. Voir à ce sujet Eyraud, B. et Henckes, N., 2013, « Entre psychiatrie, travail social et droit civil : les régulations de la protection de la personne au tournant des années 1968 », *Le Mouvement social*, 1(242)

⁴⁵ Voir l'article d'Emmanuelle Bernheim dans ce numéro

⁴⁶ Comme dans de nombreux pays, la France a connu une dynamique de désinstitutionalisation dans la seconde partie du 20^{ème} siècle. Mais celle-ci a pendant longtemps fait peu de place aux garanties juridiques, comme en atteste la résistance très forte à la judiciarisation du contrôle des mesures de limitation de la liberté d'aller-et-venir. Marques A., Eyraud B., Velprey L., Les enjeux d'une judiciarisation tardive, inévitable et embarrassante, *L'information psychiatrique*, 91(6), 2015, pp. 471-7 et Péchillon Eric, Place de la jurisprudence dans la gestion et l'évolution de la législation relative aux soins sous contrainte *Annales Médico-psychologiques*, 170 (10), 2012, pp.706-10

Constitutionnalité (QPC). Immédiatement saisi par d'anciens membres du GIA, ce nouvel outil⁴⁷ donne lieu à deux décisions du Conseil Constitutionnel. Celle du 26 novembre 2010 déclare contraires à la Constitution les modalités législatives d'hospitalisation sans consentement⁴⁸, au motif qu'une telle mesure ne peut être maintenue au-delà de 15 jours⁴⁹ sans qu'intervienne l'autorité judiciaire. Quelques mois plus tard, la décision du 9 juin 2011 déclare à nouveau contraires à la Constitution les dispositions des articles L. 3213-1 et L. 3213-4 du code de la santé publique, en ce qu'elles ne prévoyaient pas un contrôle judiciaire suffisant des hospitalisations d'office. La loi du 5 juillet 2011 introduira le contrôle systématique *a posteriori* par le juge judiciaire des mesures de soin sans consentement. Il est intéressant de noter que le Conseil Constitutionnel a pu reprendre des arguments tirés de la jurisprudence de la CEDH pour motiver ses décisions⁵⁰.

B) Le recours à des instances administratives de contrôle indépendantes

L'incitation à la plus grande prise en compte des droits fondamentaux résulte également de l'émergence de nouvelles instances de contrôle au niveau national.

Au Royaume-Uni, une instance indépendante a été créée en 2009, la *Care Quality Commission*, qui inspecte aussi bien les hôpitaux psychiatriques, les maisons de retraite, que les établissements et services sociaux et médico-sociaux. La commission a un pouvoir spécifique de contrôle de la mise en œuvre des garanties relatives aux limitations de liberté. Le nombre des recours auprès de cette commission croît fortement depuis sa mise en œuvre⁵¹.

En France, un contrôle de la limitation de la liberté d'aller et venir a été confié au Contrôleur général des lieux de privation de liberté (CGLPL). Autorité indépendante instituée par la loi du 30 octobre 2007, à la suite de la signature par la France du protocole facultatif se rapportant à la Convention contre la torture et autres peines et traitements cruels, inhumains et dégradants⁵². Dotée initialement d'une compétence de contrôle pour les établissements pénitentiaires, il voit son pouvoir accru à la suite d'amendements parlementaires⁵³.

Cette nouvelle instance se prononce sur l'évolution de l'encadrement des restrictions à la liberté d'aller et venir pour motifs psychiatriques. Dans un avis du 15 février 2011 publié au Journal officiel du 20 mars 2011 et relatif à certaines modalités de l'hospitalisation d'office, le Contrôleur général des lieux de privation de liberté considère que « l'autorité judiciaire doit jouer davantage son rôle » dans les « conflits entre praticiens, malades, autorités et protection des tiers ».

D'autres instances indépendantes ayant vocation à encadrer les pratiques professionnelles participent à produire des règles et à en contrôler le respect, en prenant en compte la garantie des droits fondamentaux. La Haute Autorité de Santé publie en 2005 des recommandations relatives à « la liberté d'aller et venir dans les établissements sanitaires et médico-sociaux, et obligation de soins et de sécurité », issues d'une conférence de consensus organisée par la Fédération Hospitalière de France et l'Agence nationale pour l'accréditation et l'évaluation en santé. Dans leur dernière partie consacrée aux perspectives, elles discutent la perspective de judiciaireiser l'admission en institution sans le consentement au-delà du cas de l'hospitalisation en psychiatrie.

⁴⁷ Renaudie O., « L'hospitalisation sans consentement devant le juge constitutionnel. Note sous Conseil constitutionnel, 26 novembre 2010, 'Melle Danielle S.' », *RDSS* 2011, p. 304-311.

⁴⁸ Il s'agit de l'article L. 337 du code de la santé publique, qui deviendra l'article L. 3212-7 du même code

⁴⁹ Ce délai est ramené à 12 jours depuis la loi du 27 septembre 2013.

⁵⁰ Voir l'article d'Olivier Renaudie dans ce numéro : « Conseil Constitutionnel, liberté d'aller et venir et protection des personnes souffrant de troubles mentaux ».

⁵¹ <http://www.cqc.org.uk/content/our-deprivation-liberty-safeguards-infographic>

⁵² Adopté par l'Assemblée générale des Nations-Unies le 18 décembre 2002.

⁵³ Voir l'article de Nicolas Fischer dans ce numéro.

La spécification de l'encadrement juridique des limitations à la liberté d'aller et venir pour des motifs de soin est ainsi mise en question par l'application du principe de respect de droits fondamentaux. Ce débat s'articule aujourd'hui autour du principe de non-discrimination des personnes au titre de leur handicap prôné par la CIDPH.

C) Principe de non-discrimination et droit d'accès aux soins

La jurisprudence de la CEDH ainsi que la réaffirmation par la CIDPH du principe de non-discrimination ont pour effet de remettre en cause l'existence de législations spécifiques concernant les limitations à la liberté d'aller et venir dans le domaine de la santé mentale. Ces enjeux sont plus ou moins intégrés dans les débats nationaux selon les pays.

En Angleterre, l'arrêt *Bournewood* a attiré l'attention sur les admissions de personnes incapables de consentir et a impulsé une nouvelle évolution de la législation relative à la liberté d'aller et venir. Des garanties spécifiques ont été introduites, les *Deprivation of liberty Safeguards*, distinctes de celles qui concernent les hospitalisations en psychiatrie, appuyées sur le Mental Capacity Act qui en 2005 proposait d'encadrer les interventions concernant des personnes dont la capacité à décider était mise en doute⁵⁴. En s'appuyant sur ces évolutions et en utilisant l'argument de la non-discrimination promu par la CIDPH, des auteurs proposent de fusionner les dispositions autorisant à restreindre les libertés des personnes ayant des troubles de santé mentale, avec les dispositions concernant les personnes dont la capacité à consentir est perturbée⁵⁵.

En France, des débats récents sur l'encadrement juridique des limitations de la liberté d'aller et venir pour des motifs de soin amènent à souligner l'hétérogénéité de cet encadrement. Si la restriction de la liberté d'aller et venir dans le cadre de l'hospitalisation psychiatrique est encadrée par des dispositions législatives, elle ne fait l'objet d'aucun texte juridique de portée législative dans le domaine du handicap ou des personnes âgées. Dans les discussions et décisions de la conférence de consensus de 2005 sur la question de la liberté d'aller et venir, la réticence à légiférer est justifiée par la crainte de la stigmatisation et est suppléée par la multiplication encouragée de textes de recommandations. Le refus de donner une place au juge dans le contrôle des réductions d'aller-et-venir dans les établissements recevant des personnes âgées dans le projet de loi relatif à l'adaptation de la société au vieillissement⁵⁶ est emblématique de cette difficulté à appliquer de manière adaptée le principe de non-discrimination⁵⁷.

Enfin, il reste à souligner l'absence de la référence au « traitement approprié » dans les dynamiques d'action publique. La question de l'accès au soin n'est pas discutée dans la loi du 5 juillet 2011 relatif Ainsi, les volets relatifs à la santé mentale et à la psychiatrie du « projet de loi relatif à la modernisation de notre système de santé », qui définit la politique de santé mentale, évoque « l'accessibilité territoriale et financière des soins psychiatrique » sans mentionner les enjeux spécifiques relatifs à la réduction de la liberté d'aller-et-venir⁵⁸. Ainsi, les plans d'action publique relatifs à la psychiatrie et à la santé mentale (2005-2008 ou 2011-2015) n'évoquent pas la place des

⁵⁴ Voir dans ce numéro l'article de Peter Bartlett : Capacité juridique, limitation de liberté d'aller-et-venir et droits de l'homme : les nouveaux défis de la Convention européenne des droits de l'homme et des États parties.

⁵⁵ Szmukler Georges and Dawson John (2011) "Reducing discrimination in mental health law – The 'fusion' of incapacity and mental health legislation" in: Kallert T. W., Mezzich J. and Monahan J. (eds.), *Coercive Treatment in psychiatry – Clinical, legal and ethical aspects*, Wiley- Blackwell, pp. 97-119.

⁵⁶ Dans sa version présentée au sénat pour seconde lecture au 21 octobre 2015 : <http://www.senat.fr/leg/pjl15-102.html>.

⁵⁷ Voir l'article de Clémence Lacour, Benoît Eyraud, et Lucie Lechevalier-Hurard dans ce numéro, La difficile régulation de la liberté d'aller et venir des personnes atteintes de la maladie d'Alzheimer, .

⁵⁸ Dans sa version adoptée en première lecture par l'assemblée nationale le 14 avril 2015 : <http://www.assemblee-nationale.fr/14/ta/ta0505.asp>

mesures sans consentement dans l'organisation de la psychiatrie et de la santé mentale, ni les dispositions d'accès aux soins comme critères d'accompagnement aux mesures de soin sans consentement.

La limitation d'aller et venir pour des raisons de santé mentale est une pratique sociale courante dont la régulation fait l'objet de nombreuses controverses depuis au moins le début du 19^{ème} siècle.

Nous avons cherché à montrer que les évolutions administratives et législatives récentes voire encore discutées, en France, concernant notamment la place du juge, ou d'instances administratives de contrôle, s'inscrivent dans un tournant juridique qui se caractérise non seulement par une organisation administrative nouvelle du soin en santé mentale, mais aussi par une dynamique de judiciarisation et de juridicisation dont les racines semblent se trouver d'abord dans un mouvement international de mobilisation des droits.

Cet élargissement de la focale montre l'intérêt de s'intéresser à l'influence des textes supranationaux, dont la force ne relève pas toujours de la contrainte juridique classique, mais bien de leur mobilisation par un certain nombre d'acteurs sociaux.

A cet égard, les retombées des orientations de la CIDPH quant aux garanties juridiques à apporter pour les limitations d'aller et venir, et les mesures d'accompagnement que les Etats doivent prévoir par leur action publique restent à suivre et à explorer.